

## ALGUNS ASPECTOS DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Francisco de Assis Toledo (\*)

*I — Direito Penal simbólico. II — A reforma de 1984.  
III — A reforma da Parte Especial.*

### **I — Direito Penal simbólico**

Segundo Hassemer, conhecido penalista alemão, há nos dias atuais certa tendência do legislador para a adoção de um Direito Penal simbólico. Os especialistas sabem que os instrumentos utilizados não são eficazes contra a criminalidade real. O legislador, que também sabe disso, fazendo de conta que se preocupa, reage contra a criminalidade. Mas essa reação é meramente simbólica (por exemplo: aumentar as penas) sem nenhum sentido prático, sem qualquer efeito concreto.<sup>(1)</sup>

No Brasil de hoje, esse Direito Penal simbólico chega aos limites extremos da ficção. Diante de um crime de certa repercussão social e da pressão da mídia, identifica-se, logo, simploriamente, a impunidade como causa única ou principal do fato e, em seguida, edita-se mais outra lei agravando penas ou reduzindo benefícios aos condenados.

Paralelamente, não executamos — nem haveria possibilidade material de fazê-lo — mais de trezentos mil mandados de prisão expedidos pela Justiça criminal.

E, assim, nosso Direito Penal de simbólico transforma-se em pura ficção: uma espécie de “superman” que pode tudo, nas páginas escritas e nos filmes, mas que pouca ou nenhuma eficácia apresenta no mundo da realidade.

---

(\*) Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

*Giorgio Del Vecchio*, em trabalho publicado sob o título *Fundamentos da Justiça Penal*, já nos idos de 1945 advertia para o perigo dessa visão equivocada, com estas considerações:

«4 — O mal no mundo tem raízes tão vastas e profundas, que o direito, como deve ser reconhecido pelos juristas, não pode constituir defesa suficiente contra o mesmo. O preconceito ilusório que a luta contra o delito deva ser conduzida exclusivamente com sanções jurídicas, e que a atividade criminal ache nelas forma adequada de repressão, é provavelmente uma das causas pelas quais outros institutos e meios de tutela, de reação e de prevenção, não tiveram até aqui o desenvolvimento que deveria ter em função de um fim tão importante. Reconduzir o direito penal aos próprios limites, assinalados por um ideal mais alto e verdadeiro de justiça, não significa, porém, em nenhum modo abandonar essa luta; mas pode ser, antes, incentivo a intensificar aquela outra obra social e moral, que conduz ao mesmo fim, provavelmente com eficácia muito maior.»

Aí está, bem identificado, o efeito nocivo de um Direito Penal simbólico: desviar a atenção da opinião pública para o preconceito ilusório da suficiência da pena criminal, retardando ou impedindo, com isso, o desenvolvimento de outros institutos ou meios de tutela mais eficientes.

## II — A reforma de 1984

Diante desse quadro, penso que o tema da reforma penal implica, sempre e necessariamente, o retorno constante ao questionamento dos limites e da função específica do Direito Penal.

E, como será inevitável, no próximo Governo, segundo penso, retomar-se a tarefa inacabada da reformulação de nossa legislação penal, considero oportuno, após dez anos de vigência da reforma penal de 1984, lembrar alguns aspectos fundamentais dessa última reforma e ver o que, sem cair na sedução de um Direito Penal simbólico, ainda poderá ser feito para aprimoramento de nossa Justiça criminal.

Conforme salientamos em recente trabalho, o que resta da reforma penal brasileira, na última década, são dois importantes diplomas legais, de cunho abrangente e sistemático — a nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/84) e a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). A par disso, surgiram algumas leis esparsas construídas ao sabor do clamor da imprensa ou de conveniências setoriais, de que são exemplos a famigerada lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) e a que define os crimes contra a ordem tributária e outros (Lei n. 8.137/90). Estes últimos acréscimos e outras pequenas modificações na área processual não pesam no panorama geral, senão naquilo que possuem de elementos complicadores, com a quebra de princípios importantes, como ocor-

reu com a lei de crimes hediondos em relação à individualização da pena e ao sistema progressivo de sua execução.

Voltando à reforma penal de 1984, penso que os princípios fundamentais que lhe dão suporte são atuais, ainda não foram superados.

Alguns detalhes, que não abalariam a estrutura do todo, poderiam merecer retoques para evitar distorções na aplicação prática. Cito, apenas exemplificativamente, estes pontos:

a) regras mais claras para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, que não deve resultar unicamente do quantitativo da pena, mas das circunstâncias enumeradas no *caput* do art. 59 do Código Penal, tal como dispõe o § 3º do art. 33.

A redação do § 2º desse artigo tem levado juízes e até tribunais a uma interpretação equivocada, consistente em vincular a só quantidade de pena à obrigatoriedade de certo regime. Essa automatização quebra o princípio da individualização, que pressupõe importantes elementos subjetivos, além do aspecto objetivo, e pode conduzir à liberação prematura de perigosos delinquentes;

b) a pena de multa, hoje importante instrumento de política criminal como pena alternativa ou substitutiva, por se transformar, após aplicada, em dívida de valor, não deveria submeter-se à prescrição penal do art. 114 do Código Penal, que a torna praticamente incobrável, na maioria dos casos, mas, sim, deveria sujeitar-se à prescrição quinquenal das dívidas ativas da Fazenda Pública, com as mesmas causas interruptivas e suspensivas (Dec. n. 20.910/32);

c) sem prejuízo da manutenção do *sursis*, nos moldes tradicionais, poder-se-ia adotar a *probation*, com suspensão do processo, para réus primários, nas infrações menos graves, o que aliviaria a Justiça Criminal, sem maiores prejuízos para a repressão penal;

d) a pena de suspensão ou de perda da função pública, para cargo de nomeação ou eletivo, deveria ser instituída como pena autônoma ou cumulativa, além da hipótese prevista no art. 92 do Código Penal, para casos específicos, expressamente previstos nos tipos relativos aos crimes mais graves contra a Administração Pública;

e) seria recomendável a introdução na Parte Geral, no capítulo da aplicação da pena, de regras precisas que tornassem obrigatório certo rigor, por parte do juiz, na dosimetria da pena e concessão de benefícios, em relação aos autores e partícipes de crimes dolosos de ação violenta, com resultado de certa gravidade;

f) reformulação total ou revogação da lei de crimes hediondos e dos acréscimos por ela introduzidos no Código, a fim de restabelecer-se a harmonia do sistema penal adotado pela reforma. Esta lei veio a propósito de coibir

os crimes de extorsão mediante seqüestro. Não produziu os resultados desejados ou esperados e desorganizou o sistema progressivo de execução da pena.

As providências sugeridas na letra e anterior, para os crimes graves de ação violenta, melhor atenderiam aos objetivos do legislador, no tratamento dos crimes imprópriamente denominados «hediondos».

Essas sugestões, como facilmente se percebe, são periféricas, não atingem a doutrina da reforma de 84, que mereceu do penalista argentino *Eugênio Raúl Zaffaroni* estas palavras elogiosas:

«Em linhas gerais, estas são, pois, as principais reflexões que me merece o anteprojeto. Considero-o possuidor de elevadíssimo nível técnico e que constitui modelo de instrumento legal, concebido — salvo a apontada observação sobre a indeterminação da medida para semi-imputáveis — conforme os cânones de uma política criminal moderna, dinâmica e realista, apartada da tecnocracia do chamado 'código tipo' e dos perigosos ensaios positivistas, expressões ambas de momento político penal superado.»<sup>(2)</sup>

### III — A reforma da Parte Especial

Assim, feitos esses pequenos reparos, restaria, como grande tarefa a realizar, a reforma da Parte Especial do Código Penal.

Presentemente, existe, no Ministério da Justiça, comissão incumbida dessa reforma. Essa comissão, contra opinião por mim manifestada, optou pela elaboração total e completa de uma nova Parte Especial que, além disso, incorporasse a legislação penal complementar ao Código.

Continuo pensando que esse não é o melhor caminho, seja pelas dificuldades, no momento presente, de obter-se, no Congresso Nacional, a aprovação de uma reforma tão extensa, seja pela falta de amadurecimento de soluções aceitáveis relativamente a temas extremamente polêmicos, seja pela necessidade urgente de reformulação de alguns aspectos de nossa legislação penal.

A orientação que tenho defendido, de há algum tempo, está exposta em conferência realizada em São Paulo, publicada recentemente<sup>(3)</sup>, da qual extraio as observações e conclusões que vão a seguir reproduzidas.

O Direito Penal contemporâneo tem origem e se desenvolveu ao lado, ou como complemento, de poderosas instâncias informais de controle da criminalidade, tais como: a moral, a religião, a família, a escola, clubes etc.

Essas instâncias informais, mesmo sem a presença de órgãos estatais, incumbiam-se, de modo satisfatório, da importante tarefa de conter comportamentos desviantes já no seu nascedouro. O que escapava desse filtro poderoso caía nas malhas do Direito Penal. E este dava cabo desse resíduo. O Direito Penal era, então, mais eficiente menos pela gravidade de suas penas do que pela menor solicitação que recebia, já que atuava residualmente, ou seja, sobre o que vazava da contenção inicial feita pelas mencionadas instâncias informais de controle.

Hoje, com a anomia que contamina a sociedade contemporânea, atingindo até as elites, com a destruição da moral tradicional, com a escola que informa, mas não forma, com o enfraquecimento da autoridade paterna em uma família em franca dissolução, com a substituição das grandes religiões por seitas e credences que se multiplicam, mas não oferecem disciplinas ou regras de conduta precisas e bem orientadas aos seus seguidores, com a difusão do álcool e das drogas, com tudo isso atuando, perderam a eficácia originária aquelas instâncias informais, que davam sustentação às instâncias formais de controle da criminalidade. O resultado tem sido a crescente solicitação ao Direito Penal para que, suprimindo a ausência daqueles filtros retentores, passe a solucionar diretamente um número cada vez maior de litígios, em todas as áreas.

Mas, para isso, o Direito Penal não foi pensado nem construído e, portanto, não está preparado.

A consequência é não dar conta da nova tarefa e tornar-se, por acúmulo e diversificação de missão, ineficaz não só na área ampliada mas também na punição dos delitos tradicionais, inclusive os de maior gravidade.

Considerem que presentemente temos nos estabelecimentos penais do País cerca de 100 mil presos, isso com evidente excesso de lotação. Mas há, em todo o País, 300 mil, ou mais, mandados de prisão não cumpridos.

Se aumentarmos o número de condenações em regime fechado e dilatar-mos o período de duração das penas privativas da liberdade, certamente agravaremos ainda mais essa situação, já de si mesma insustentável.

E aí está a verdadeira impunidade, ou melhor, o que denomino de «impunidade real», consistente em processar-se o delinquente, condená-lo, mas não executar a pena, deixando-o livre para novos delitos.

Propalamos aos quatro ventos o caráter milagroso da pena criminal, receiptamo-la como panacéia para todos os nossos males sociais, mas ficamos na retórica da pena porque simplesmente não a executamos, deixamo-la no papel, na maioria dos casos.

O que falha entre nós? Os órgãos da execução penal? Pode ser, mas essa falha parece vir a calhar porque, se todos os mandados de prisão expedidos fossem cumpridos, não haveria onde recolher toda essa enorme massa de pes-

soas procuradas ou condenadas nem haveria orçamento que suportasse as despesas daí decorrentes.

A questão de identificar as falhas de nosso sistema desloca-se, portanto, do campo meramente penal para o da Política Criminal, já que, dentro dos parâmetros tradicionais, os critérios diretivos que adotamos para nossa Justiça Criminal são realmente pouco eficientes ou talvez inviáveis, o que é mais grave.

Qual a solução?

Conclusivamente, mas sem a pretensão de indicar solução definitiva, completa ou miraculosa, temos insistido na necessidade de abandonarmos a retórica da pena criminal. Mas como a pena criminal é necessária, insubstituível, devemos, pelo menos, selecionar melhor as hipóteses de sua aplicação para que ela possa ser efetivamente executada, não fique apenas no papel.

Para tanto penso que deveríamos começar pelas seguintes providências:

a) revisão do rol dos crimes que pretendemos punir, já que a Parte Especial do nosso Código Penal continua a mesma, desatualizada, não tendo sido atingida pela reforma de 1984, e as leis penais especiais formam hoje um conjunto pouco harmônico e pouco coerente;

b) atenção especial para os crimes de ação violenta, isto é, aqueles que são praticados mediante grave ameaça ou violência à pessoa, revogando-se ou reformulando-se totalmente a atual Lei de Crimes Hediondos, exemplo de lei malfeita, contraditória e falha;

c) penas alternativas para criminosos que não ofereçam perigo à integridade física ou à vida das pessoas, com ênfase para o confisco de bens que constituam produto de atos ilícitos ou de origem desconhecida, e multas, variáveis e pesadas, para os denominados crimes de colarinho branco, crimes contra a economia popular e contra a Administração Pública;

d) aprimoramento dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, de forma integrada;

e) amparo efetivo, com menos retórica, ao menor carente, abandonado, com reformulação, em alguns aspectos, do atual Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas à remoção, das ruas, do menor que já ingressou na faixa da delinquência; e

f) reformulação dos institutos da fiança e da multa; quanto à fiança, para permitir-se a sua estipulação em valores elevados, a critério do juiz; quanto à multa, para estabelecer que, após aplicada, terá a prescrição prevista para as dívidas ativas da Fazenda Pública.

Por fim, uma observação que tenho feito, reiteradamente: a lei, qualquer lei, como todo conjunto de normas, é expressão de um *dever-ser*. Isso quer dizer que, por meio das leis, procura-se estabelecer roteiros, caminhos que per-

mitam ao homem modificar, em certa medida, o mundo da realidade, sobre ele construindo uma ordem social mais valiosa.

Mas a lei, por si só, nada pode modificar. Quem pode fazê-lo é o destinatário de seus mandamentos, ou seja, o homem que a torna eficaz no mundo social.

Por isso, concluo afirmando que a verdadeira reforma, aquela que poderá repercutir favoravelmente em prol de uma imagem melhor da Justiça Criminal perante a opinião pública de nosso País, está uma boa parte nas mãos dos senhores — membros do Ministério Público e magistrados.

---

(1) *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre, pág. 86.

(2) «Reflexões acerca do Anteprojeto de lei referente à Parte Geral do Código Penal do Brasil», in *Ciência Penal*, 1/81, pág. 19.

(3) «Dez Anos de Reforma Penal», in *Justiça Penal, Críticas e Sugestões*, RT, 1994.